

## University of Groningen

### Over onafhankelijk en deskundig voorbereide overheidsbesluiten

Graaf, K.J. de; Marseille, A.T.

*Published in:*  
De deskundige in het recht

**IMPORTANT NOTE:** You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
2011

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Graaf, K. J. D., & Marseille, A. T. (2011). Over onafhankelijk en deskundig voorbereide overheidsbesluiten. In B. Krans, & A. T. Marseille (editors), *De deskundige in het recht* (blz. 17-33). s.n..

#### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

#### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

# Hoofdstuk 1

## Over onafhankelijk en deskundig voorbereide overheidsbesluiten

Mr. dr. K.J. de Graaf\* en mr. dr. A.T. Marseille\*\*

### 1.1 Inleiding

Overheidsorganen nemen jaarlijks honderdduizenden besluiten. Voor het overgrote deel zijn dat beschikkingen. Het betreft onder meer het verlenen van vergunningen, het verstrekken van uitkeringen en het opleggen van belastingaanslagen en verkeersboetes. Bij het nemen van die besluiten is de overheid aan talloze normen gebonden. Een daarvan houdt in dat de voorbereiding ervan zorgvuldig moet plaatsvinden. In de woorden van art. 3:2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb): 'Bij de voorbereiding van een besluit vergaart het bestuursorgaan de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen.' Hoe organiseert de overheid dat haar besluiten voldoen aan die norm?

Degene die het besluit neemt, is per definitie een bestuursorgaan, zoals een college van burgemeester en wethouders (B&W) van een gemeente, de raad van bestuur van het UWV, een belastinginspecteur of een politieagent. Bij de voorbereiding kunnen drie verschillende soorten functionarissen zijn betrokken. In de eerste plaats het bestuursorgaan zelf, ten tweede de onder verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan werkzame ambtenaren (hierna: 'ondergeschikte ambtenaren' of: 'ondergeschikten') en ten slotte de niet onder verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan werkzame personen of colleges die door het bestuursorgaan om advies zijn gevraagd over het te nemen besluit (hierna: 'externe adviseurs' of: 'adviseurs').<sup>1</sup> Steeds als een bestuursorgaan een besluit voorbereidt, staat het voor de vraag of het daarbij een adviseur nodig heeft. Er zijn tal van redenen om behalve ondergeschikte ambtenaren ook externe adviseurs bij de besluitvorming te betrekken.<sup>2</sup> Ten eerste kan het de legitimiteit van besluitvorming verhogen. Zo kan een externe commissie worden benoemd teneinde procedurele waarborgen te bieden (semi-rechterlijk advies) of kunnen belanghebbenden als adviseurs bij de besluitvorming worden betrokken (representatieadvies). Ten tweede kan advisering de doelmatigheid van de besluitvorming verhogen. Met advisering kan namelijk worden bereikt dat

\* Mr. dr. K.J. de Graaf is als universitair hoofddocent werkzaam bij de vakgroep bestuursrecht en bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen.

\*\* Mr. dr. A.T. Marseille is als universitair hoofddocent werkzaam bij de vakgroep bestuursrecht en bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen.

1. Deze omschrijving komt niet overeen met die van art. 3:5 Awb; daar is de term gereserveerd voor een persoon die *bij of krachtens wettelijk voorschrift* is belast met advisering inzake een door een bestuursorgaan te nemen besluit.

2. Zie H.R.B.M. Kummeling, *Advisering in het publiekrecht. Een rechtsvergelijkende studie* (diss. Nijmegen), Den Haag: Sdu 1988, p. 19 e.v. Zie ook J.C.A. de Poorter & Y.M. van Soest-Ahlers, *Advisering in het bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 3 e.v. Overigens worden ook wel oneigenlijke functies van advisering onderscheiden (de ijskast-, afschuiwings- en inkapselingsfunctie), zie Kummeling 1988, p. 30 en S.V. Hoogendijk-Deutsch & R. Samkalden, *Advisering in het bestuursrecht* (VAR-geschrift LXXX), Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1978, p. 13.

expertise, informatie en standpunten van verschillende maatschappelijke organisaties en groeperingen worden gebundeld. In de derde plaats kan advisering dienen ter verhoging van de rationaliteit van besluitvorming (deskundigenadvies). Een dergelijke functie is met name relevant als het bestuursorgaan de benodigde kennis en deskundigheid niet zelf bezit. Doorgaans gaat het dan om het vaststellen, interpreteren of waarderen van feiten.

Een belangrijke reden om externe adviseurs bij besluitvorming te betrekken is ook gelegen in hun veronderstelde deskundigheid en onafhankelijkheid. Als de rechtmatigheid van een met hulp van een adviseur tot stand gebracht besluit in twijfel wordt getrokken, wordt dan ook regelmatig als grief naar voren gebracht dat de adviseur die bij het besluit betrokken was niet onafhankelijk, onpartijdig en/of onbevangen was, of dat het hem aan deskundigheid ontbrak.<sup>3</sup>

Deze bijdrage gaat over de onafhankelijkheid<sup>4</sup> en deskundigheid van adviseurs. Twee vragen staan centraal. De eerste is wanneer er voor een bestuursorgaan aanleiding is bij de voorbereiding van een besluit gebruik te maken van een adviseur. Bij de beantwoording daarvan wordt in het bijzonder ingegaan op de motivering voor en de rechtvaardiging van het gebruikmaken van adviseurs bij besluitvorming. Deze vraag behandelen wij in par. 2. De tweede vraag is welke eisen blijken de jurisprudentie worden gesteld aan de deskundigheid en onafhankelijkheid van adviseurs. Deze is in par. 3 aan de orde. Daarbij wordt in het bijzonder ingegaan op de vraag of het voor de eisen die aan (de inbreng van) een adviseur worden gesteld, uitmaakt of deze al dan niet op grond van een wettelijke verplichting bij de besluitvorming door het bestuur is betrokken. In par. 4 besluiten wij met enkele conclusies.

## 1.2 **Waarom een adviseur?**

Waarom is er voor bestuursorganen reden bij de voorbereiding van een besluit gebruik te maken van een externe adviseur? Zoals in de inleiding werd opgemerkt, kan een adviseur bij besluitvorming worden betrokken vanwege zijn deskundigheid (par. 2.1) en vanwege zijn onafhankelijkheid (par. 2.2). Daarnaast geldt dat een bestuursorgaan een adviseur moet inschakelen indien de wetgever dat heeft voorgeschreven (par. 2.3). Schrijft de wetgever niets voor, dan kan het bestuursorgaan er op eigen initiatief voor kiezen een adviseur bij de besluitvorming te betrekken (par. 2.4).

### 1.2.1 **Vanwege de deskundigheid**

Voor wat de deskundigheid betreft, ligt het in theorie simpel. Als een bestuursorgaan een besluit neemt, is het gehouden dit te baseren op voldoende kennis van de rele-

3. Zie voor een overzicht van de jurisprudentie ter zake onder meer: M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2008, p. 330 e.v.; R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 455 e.v.

4. Niet steeds als in het vervolg van dit artikel de onafhankelijkheid, onpartijdigheid en onbevangenheid van adviseurs aan de orde is, worden alle drie de begrippen genoemd. Met het noemen van het begrip 'onafhankelijkheid' wordt – tenzij anders vermeld – tevens gedoeld op de onpartijdigheid en onbevangenheid van de adviseur.

vante feiten. Afhankelijk van enerzijds de aard van de feiten die moeten worden vastgesteld en anderzijds de kennis die het bestuursorgaan ter beschikking staat ter vaststelling van die feiten, zal het al dan niet een beroep doen op personen die niet onder zijn verantwoordelijkheid werken.

Het verschil kan worden toegelicht aan de hand van besluiten die een medische beoordeling vergen, zoals die over arbeidsongeschiktheidsuitkeringen (in het kader van de WIA<sup>5</sup>) en voorzieningen op het gebied van maatschappelijke ondersteuning (in het kader van de Wmo<sup>6</sup>). Of iemand recht heeft op een arbeidsongeschiktheidsuitkering, is afhankelijk van zijn gezondheidssituatie. De aangewezen persoon om die situatie vast te stellen is een arts. Bij het UWV is een groot aantal verzekeringsartsen werkzaam die ervoor moeten zorgen dat besluiten van de raad van bestuur van het UWV over arbeidsongeschiktheidsclaims in overeenstemming zijn met de in art. 3:2 Awb opgenomen eis dat een besluit berust op de nodige kennis van de relevante feiten. Het bestuursorgaan wordt door zijn ondergeschikte ambtenaren van die kennis voorzien; een adviseur is niet vereist. Voor besluiten over de vergoeding van kosten op het gebied van maatschappelijke ondersteuning, zoals een traplift of een scootmobiel voor iemand die slecht ter been is, is evenzeer een medisch oordeel vereist. Die besluiten worden genomen door colleges van B&W. Die laten zich doorgaans bijstaan door externe adviseurs. Dat neemt niet weg dat het een gemeente vrij staat een arts in dienst te nemen ter advisering over aanvragen om vergoeding van een scootmobiel of woonvoorziening.

De Awb-wetgever is het om het even.<sup>7</sup> Die laat het aan het bestuursorgaan om te beslissen of het gebruik wil maken van interne of externe deskundigheid. Dat verbaast niet, want op zich hoeft het voor de waarde van het advies niet uit te maken of degene die het levert werkzaam is onder verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan of niet. In beide gevallen kan de kwaliteit hoog of laag zijn. De bijzondere wetgever is het in de regel evenzeer om het even. Ook die laat meestal het bevoegde bestuursorgaan de keuze om de vaststelling van de feiten op te dragen aan ondergeschikte ambtenaren of uit te besteden aan externe adviseurs. Als de bijzondere wetgever al een eis stelt, betreft die veelal de kwalificaties van degene die adviseert. Zo eist het Schattingsbesluit arbeidsongeschiktheidswetten<sup>8</sup> dat de gezondheidssituatie van iemand die een arbeidsongeschiktheidsuitkering heeft aangevraagd, wordt vastgesteld door een (verzekerings)arts.<sup>9</sup> Dat besluit stelt echter niets over de relatie van de arts ten opzichte van het beslissende bestuursorgaan, het UWV. Of de arts ondergeschikte is of extern adviseur, doet niet ter zake.

Toch komt het voor dat een bijzondere wet eist — met deskundigheid als argument — dat niet een onder verantwoordelijkheid van het bestuur werkzame ambtenaar, maar een externe adviseur zorg draagt voor (een aspect van) de voorbereiding van een besluit. In par. 3.1 wordt daarop nader ingegaan.

5. Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen.

6. Wet maatschappelijke ondersteuning.

7. Vgl. L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht 1*, Den Haag: Bju 2009, p. 341.

8. Een AMvB (*Stb.* 2000, 307 en sindsdien gewijzigd) ter uitvoering van onder meer WAO, WAZ, Wajong en WIA.

9. Art. 3 Schattingsbesluit arbeidsongeschiktheidswetten.

### 1.2.2 Vanwege de onafhankelijkheid

Ligt het voor wat betreft de onafhankelijkheid anders? In hoeverre is er voor bestuursorganen aanleiding om ter garantie van een onafhankelijke, onpartijdige en onbevangen besluitvorming de hulp van adviseurs in te roepen? Om die vraag te kunnen beantwoorden, is het allereerst noodzakelijk vast te stellen wat met die termen wordt bedoeld. In de context van het besturen door de overheid geldt dat eenieder die de overheid mede bestuurt of werkzaam is voor overheidsbestuurders, moet handelen ter behartiging van het algemeen belang.<sup>10</sup> Van onafhankelijkheid is dan sprake als de besluitvorming niet wordt beïnvloed door andere belangen dan het algemene belang. De eis van onpartijdigheid kan het beste negatief worden gedefinieerd: precies zo partijdig als wet en beleid dicteren. Onbevangen is: zich niet laten leiden door persoonlijke voor- of afkeuren.

Het uitgangspunt dat bestuursorganen hun taak onafhankelijk, onpartijdig en onbevangen uitvoeren, is in theorie volstrekt onproblematisch. Niet zozeer omdat het bestuur per definitie zou doen wat van haar wordt gevraagd, maar omdat het voor het bestuur zo gemakkelijk is om aan die eis te voldoen. En dat het zo gemakkelijk is, heeft als reden dat de overheid niet anders kan. De overheid heeft namelijk geen eigen, particulier belang. Het bestaansrecht van de overheid is gelegen in het dienen van het algemeen belang. Van betekenis daarbij is dat het algemeen belang niet een belang is dat het bestuur afweegt tegen een of meer individuele belangen. Wel is het zo dat bij de vaststelling van wat het algemeen belang vereist, verschillende individuele belangen een rol kunnen spelen. Bij het vaststellen van hoe een bepaalde bevoegdheid, in het licht van het algemeen belang, moet worden uitgeoefend, is (onder meer) het gewicht van verschillende relevante individuele belangen van betekenis. Kort maar goed: elke beslissing die een bij de overheid werkende functionaris neemt, of dat nu een (lid van een) bestuursorgaan is of een (in mandaat bevoegde) ondergeschikte, wordt gedictieerd door het algemeen belang.<sup>11</sup>

In de praktijk kan dat vanzelfsprekend genuanceerder liggen. Waar zit het gevaar? Het gevaar schuilt in het feit dat iedere functionaris, hetzij een (lid van een) bestuursorgaan, hetzij een ondergeschikte, ook een persoon is. Voor het besluit bij de totstandkoming waarvan hij is betrokken, kan gelden dat ook zijn eigen belang daarbij is betrokken. Is dat het geval, dan kan het algemeen belang dat de functionaris geacht wordt te dienen, botsen met het persoonlijke belang van de functionaris. Een voorbeeld biedt de ambtenaar die betrokken is bij de besluitvorming over de aanvraag van zijn buurman om een omgevingsvergunning voor het bouwen van een bouwwerk. Een ander voorbeeld is de burgemeester die bij het college van B&W waar hij deel van uitmaakt een traplift aanvraagt. Art. 2:4 Awb biedt voor die situatie een heldere regel: als een tot een bestuursorgaan behorende of daarvoor werkzame persoon een persoonlijk belang heeft bij een bepaald besluit, moet de besluitvorming zodanig worden georganiseerd dat de uitkomst daarvan niet wordt beïnvloed door dat persoonlijke belang. Dit gevaar is beperkter naarmate het werkerterrein van het bestuursorgaan omvangrijker is.

10. R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 9.

11. Zie daarover R.J.N. Schlössels, *Het specialiteitsbeginsel: over de structuur van bestuursbevoegdheden, wetmatigheid van bestuur en beleidsvrijheid* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu 1998, p. 71 e.v. en p. 163.

Wat betekent dit alles voor de inschakeling van adviseurs bij de voorbereiding van besluiten? Wanneer gebiedt de eis van onafhankelijke, onpartijdige en onbevangen besluitvorming dat een adviseur wordt ingeschakeld? Gezien het voorgaande is inschakeling van externe adviseurs slechts geboden als niet kan worden voldaan aan de eis dat de bij een besluit betrokken ambtenaren onafhankelijk, onpartijdig en onbevangen zijn. Als voorbeeld kan dienen een gemeente waar één arts als ambtenaar werkzaam is, die onder meer alle aanvragen voor woningaanpassingen beoordeelt. Als de echtgenote van die arts slecht ter been is en een aanvraag voor een traplift indient, zal ter beoordeling daarvan een andere arts moeten worden ingeschakeld. Immers, vanwege het persoonlijke belang bij de uitkomst van die beoordeling is niet gegarandeerd dat de arts die aanvraag onafhankelijk, onpartijdig en onbevangen zal kunnen beoordelen.

Echter, buiten de gevallen waarin een ondergeschikte ambtenaar een persoonlijk belang heeft bij het besluit waarvan hij bij de voorbereiding is betrokken, noopt de eis van onafhankelijkheid, onpartijdigheid en onbevangenheid niet om buitenstaanders als adviseur bij de totstandkoming van een besluit te betrekken.

Opgemerkt zij nog dat de vraag naar onafhankelijkheid natuurlijk evenzeer aan de orde is als een bestuursorgaan een externe adviseur inschakelt. Door zijn advieserschap te aanvaarden, maakt de adviseur zich tot verlengstuk van de overheid en is de noodzaak van zijn onafhankelijkheid in beginsel gegeven. Echter, ook voor een externe adviseur kan gelden dat zijn persoonlijke belang bij een besluit is betrokken en dat het bestuursorgaan gehouden is hem niet te betrekken bij de totstandkoming van dat besluit.<sup>12</sup> Indien de zojuist opgevoerde arts doorgaans als externe adviseur wordt ingeschakeld en diens vrouw een traplift aanvraagt, zal het bestuursorgaan advies aan een andere arts moeten vragen. Al met al zijn er eigenlijk geen redenen te bedenken waarom, vanuit een oogpunt van onafhankelijkheid, inschakeling van externe adviseurs bij besluitvorming de voorkeur heeft boven het gebruikmaken van ondergeschikte ambtenaren.

### 1.2.3 Op grond van een formele wet

Zoals gesteld kent de Awb weliswaar een regeling over het inschakelen van een adviseur (afdeling 3.3 Awb), maar wordt nergens voorgeschreven in welke gevallen inschakeling vereist is. Dat wordt geregeld in bijzondere wetgeving. De regeling van de Awb is van toepassing op 'adviseurs', welke term in de Awb wordt gedefinieerd als een niet onder de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan werkzaam persoon of college dat bij of krachtens wettelijk voorschrift is belast met het adviseren inzake door een bestuursorgaan te nemen besluiten. De regeling is derhalve slechts van toepassing op externe adviezen die worden uitgebracht omdat een bijzondere wet dat vereist. De algemene normen van afdeling 3.3 Awb gelden niet voor advisering op min of meer informele basis.<sup>13</sup> De normen betreffen onder meer de termijn van advisering en het beschikbaar stellen van gegevens ten behoeve van het advies. Voor deze bijdrage is ook relevant dat art. 3:9 Awb bepaalt dat, indien een besluit van een bestuursorgaan berust op een door een adviseur verricht onder-

12. Die verplichting is in zo'n geval niet gebaseerd op art. 2:4 Awb, maar op art. 3:2 Awb.

13. MvT, *Parl. Gesch. Awb I*, p. 217-218.

zoek naar feiten en gedragingen, het bestuursorgaan zich ervan dient te vergewissen dat dit onderzoek op zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden. Hoewel de termen onafhankelijkheid en deskundigheid in afdeling 3.3 Awb niet voorkomen, is duidelijk dat de onafhankelijkheid (of: onpartijdigheid) van de adviseur, en wellicht ook de deskundigheid, een rol kan spelen bij de beoordeling door het bestuursorgaan of het advies zorgvuldig tot stand is gekomen. Ingevolge art. 3:2 Awb heeft niet alleen art. 2:4 Awb een zekere reflexwerking voor die gevallen waarin de adviseur niet zelf ook een bestuursorgaan is, maar geldt dat ook voor art. 3:9 Awb indien de adviseur een ondergeschikte is.<sup>14</sup>

Hoe zit het nu met de bijzondere wetgeving en het voorschrijven van het inschakelen van een adviseur? Kijken we naar de wijze waarop bijzondere wetten de totstandkoming van overheidsbesluiten regelen, dan is te zien dat daar regelmatig als eis wordt gesteld dat vanuit een oogpunt van deskundigheid en/of onafhankelijkheid adviseurs bij de totstandkoming van een besluit moeten worden betrokken.

Een voorbeeld biedt het Besluit ruimtelijke ordening (Bro), een AMvB op grond van de Wet ruimtelijke ordening (Wro). Afdeling 6.1 Bro geeft regels over de totstandkoming van besluiten in reactie op verzoeken om planschadevergoeding. Uit art. 6.1.1.1 in samenhang met art. 6.1.3.2 volgt dat het bestuursorgaan een persoon of commissie aanwijst waarvoor geldt dat de persoon of de leden van de commissie geen deel uitmaken van of werkzaam zijn onder verantwoordelijkheid van het betreffende bestuursorgaan, om advies uit te brengen over de beslissing op een verzoek om planschadevergoeding. Art. 6.1.3.3 bepaalt dat in een 'gemeentelijke verordening, provinciale verordening en bij regeling van Onze Minister' nadere regels worden gegeven over de aanwijzing van een adviseur en dat die regels in ieder geval betrekking hebben op de deskundigheid en de onafhankelijkheid van de adviseur.<sup>15</sup>

Een voorbeeld van een dergelijke verordening is de Procedureverordening voor advisering tegemoetkoming planschade gemeente Den Haag. Wat in die verordening over de deskundigheid en onafhankelijkheid van de adviseur wordt gezegd, strekt niet verder dan de algemene regels die in de Awb (in afdeling 3.3) en het Bro zijn te vinden. Zo bepaalt art. 3 lid 2 van de Procedureverordening dat een adviseur niet werkzaam mag zijn onder verantwoordelijkheid van het college (waarmee voldaan is aan art. 6.1.1.1 en 6.1.3.2 Bro) en dat de adviseur niet betrokken mag zijn bij de planologische maatregel waarop de aanvraag betrekking heeft (waarmee beoogd wordt te voldoen aan art. 2:4 Awb). Voorts bepaalt de procedureverordening wanneer een deskundige op het gebied van accountancy of ter zake van de waardering van onroerende zaken bij de advisering moet worden betrokken, maar B&W heeft daarin wel beoordelingsvrijheid. Kort maar goed: aan de deskundigheid en onafhankelijkheid van de adviseurs die B&W Den Haag moeten adviseren over

14. ABRvS 16 april 1997, AB 1998, 75. In de jurisprudentie is aangenomen dat de in art. 3:9 Awb neergelegde norm op grond van art. 3:2 Awb ook geldt als aan het bestuursorgaan door een ondergeschikte advies wordt gegeven en dat advies dus niet in een bijzondere wet is voorgeschreven, zie ABRvS 23 oktober 2003, JB 2003, 321, m.nt. Van der Linden.

15. J.W. van Zundert e.a. (red.), *Ruimtelijk bestuursrecht* (Tekst & Commentaar), Deventer: Kluwer 2010, p. 254 stelt daarover: 'Bij het bepaalde onder a wordt opgemerkt dat de onafhankelijkheid van de adviseur wellicht al voldoende is gewaarborgd door het bepaalde in de begripsbepaling voor adviseur in art. 6.1.1.1.'

beslissingen over planschadeverzoeken worden materieel geen andere eisen gesteld dan aan ondergeschikte ambtenaren.

Een procedureverordening waarin wellicht een iets scherpere eis met betrekking tot de onafhankelijkheid van de adviseur zou kunnen worden gelezen is die van de Provincie Noord-Holland. Daar wordt in art. 2 lid 2 gesteld dat de adviseur 'op geen enkele wijze' betrokken is bij de planologische maatregel waarop de aanvraag is gebaseerd.

Een ander voorbeeld van een wettelijke regeling waarin is vereist dat een adviseur wordt betrokken bij de totstandkoming van een besluit biedt de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo). Aan een omgevingsvergunning voor het bouwen van een bouwwerk dient op grond van art. 6.2 van het Besluit omgevingsrecht (Bor) een advies van een welstandscommissie ten grondslag te liggen. Art. 1 lid 1 onder *n* Woningwet definieert de welstandscommissie als een door de gemeenteraad benoemde onafhankelijke commissie, die aan B&W advies uitbrengt ten aanzien van de vraag of het uiterlijk of de plaatsing van een bouwwerk in strijd is met redelijke eisen van welstand. Art. 8 lid 6 Woningwet bepaalt dat de gemeentelijke bouwverordening voorschriften bevat over de samenstelling van een welstandscommissie.<sup>16</sup> Wat regelen bouwverordeningen over de samenstelling van welstandscommissies? De Bouwverordening van de gemeente Den Haag bepaalt in art. 9.2 lid 4 het volgende: 'De leden van de welstandscommissie zijn onafhankelijk ten opzichte van het gemeentebestuur. Zij mogen in ieder geval niet tevens zijn: a. lid van de gemeenteraad, b. lid van het college van burgemeester en wethouders, c. ambtenaar van de gemeente Den Haag, en voorts geen nevenfuncties vervullen waarvan de uitoefening ongewenst is met het oog op een goede invulling van het lidmaatschap van de commissie.' Een bouwverordening kan op dit punt ook korter van stof zijn. Zo laat art. 9.2 lid 4 van de Bouwverordening gemeente Deventer het bij: 'De leden van de commissie zijn onafhankelijk van het gemeentebestuur.'

Opmerkelijk in de twee genoemde voorbeelden is dat onduidelijk blijft waarom de wetgever in die gevallen inschakeling van een adviseur noodzakelijk acht. De verplichting om voor een verzoek om planschadevergoeding advies in te winnen bij een adviseur is ontstaan in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak. De oude WRO gaf geen voorschriften over de indiening en behandeling van planschadeverzoeken. Hoewel in veel gemeenten wel degelijk verordeningen werden opgesteld en B&W daarin verplicht werden advies van een onafhankelijke, deskundige adviseur in te winnen, gold ook in de gemeenten zonder een dergelijke verordening dat een externe adviseur moest worden ingeschakeld bij de behandeling van planschadevergoedingsverzoeken. Vanuit een oogpunt van zorgvuldige voorbereiding werd advisering door een onafhankelijke commissie noodzakelijk geacht. Uit de jurisprudentie kan worden opgemaakt dat een besluit op een aanvraag om planschadevergoeding enkel rechtmatig kan worden genomen nadat advies is ingewonnen van een onafhankelijke deskundige.<sup>17</sup> Dat uitgangspunt lijkt alleen

16. Deze bepaling opent tevens de mogelijkheid dat er in plaats van een welstandscommissie een stadsbouwmeester wordt aangesteld.

17. Zie AGRvS 27 juli 1992, BR 1993, 538; ABRvS 17 oktober 1994, BAR vierde kwartaal 1994, nr. 94-32; ABRvS 5 maart 1996, AB 1996, 251.



uitzondering indien sprake is van kennelijke ongegrondheid van het verzoek welke zonder diepgaand onderzoek is vast te stellen.<sup>18</sup>

Aan de verplichte advisering door een welstandscommissie ligt een maatschappelijke ontwikkeling ten grondslag die uiteindelijk tot de huidige verplichting heeft geleid.<sup>19</sup> De Woningwet van 1901 gaf enkel een bevoegdheid om in de gemeentelijke bouwverordening een welstandsbepaling op te nemen. In verband met de wederopbouw werd echter in 1942 een circulaire<sup>20</sup> door de rijksoverheid uitgevaardigd waarin het grote belang van de uiterlijke vormgeving van de bebouwing in zogenaamde wederopbouwgebieden bescherming vond. *De facto* kon in dergelijke gebieden geen bouwvergunning worden verleend dan nadat er goedkeuring lag van de welstandscommissie. Toch blijkt uit enkele koninklijke besluiten uit de jaren vijftig van de vorige eeuw nog dat de Kroon de opvatting huldigde dat de beoordeling of nieuwe bouwplannen wat betreft hun uiterlijke vormgeving aanvaardbaar zijn en passen in de omgeving, naar haar aard het beste kon worden toevertrouwd aan het college van B&W. Alleen als dat college zich niet behoorlijk van zijn taak kwijt, zou er aanleiding zijn om het advies van een daartoe ingestelde welstandscommissie in te winnen. Van een verplichting een dergelijke commissie om advies te vragen zou evenwel geen sprake kunnen zijn.<sup>21</sup> De herziening van de Woningwet 1901, die reeds een aanvang nam in 1938, maar pas in 1965 resulteerde in de invoering van de herziene Woningwet, leidde niet alleen tot de verplichting een welstandsbepaling op te nemen in de bouwverordening, maar ook tot de verplichting om een deskundige commissie aan te wijzen die bouwplannen op hun esthetische waarde diende te beoordelen. Die wettelijke plichten moesten worden gezien als het sluitstuk van een geleidelijke ontwikkeling die het gevolg was van het steeds sterkere verzet tegen de ontsiering van stad en landschap door daarin niet passende bouwsels.<sup>22</sup>

Ondanks dat uit het bovenstaande volstrekt helder wordt dat ten aanzien van besluiten over zowel planschadeverzoeken als de welstandsaspecten van bouwplannen de verplichting is ontstaan om een onafhankelijke, deskundige adviseur in te schakelen, blijft de vraag waarom het bestuursorgaan zich niet intern van de nodige deskundigheid zou mogen voorzien.

#### 1.2.4 Op eigen initiatief van het bestuursorgaan

Behalve dat de formele wetgever inschakeling van een adviseur eist, komt het voor dat een bestuursorgaan, los van enige wettelijke verplichting, het zelf noodzakelijk of verstandig acht dat een externe adviseur een bijdrage levert aan de voorbereiding van een bepaald besluit. Het bestuursorgaan kan dat regelen in een verordening of een beleidsregel, maar kan daartoe ook ad hoc beslissen.

18. Zie AGRvS 22 februari 1993, BR 1993, p. 990; G.M. van den Broek, *Planschadevergoeding* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2002, p. 52.

19. Zie daarover M. Beek, *Het aanzien waard? Geschiedenis van de welstandszorg in Nederland*, Deventer: Kluwer 1985.

20. Circulaire nr. 22146 d.d. 20 mei 1942 als bijvoegsel bij Stb. 1942, p. 204.

21. Zie daarover A.G.A. Nijmeijer, *Welstandstoezicht juridisch getoetst* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2001, p. 21-22, die verwijst naar KB 12 juni 1951 (Leens); KB 16 oktober 1951 (Rheden), KB 30 januari 1957 (Emmen), waarover D. Kooiman & J.F. Jansen, *De Woningwet*, Alphen a/d Rijn: Samsom 1959, p. 33-34.

22. Zie over die ontwikkeling Nijmeijer 2001, p. 28 e.v.; zie ook *Kamerstukken II* 4234, nr. 3, p. 2.

Een voorbeeld biedt de verordening op grond van de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo) van de gemeente Deventer. De Wmo kent — anders dan haar voorganger, de WVG<sup>23</sup> — geen verplichting voor het college van B&W gebruik te maken van een externe adviseur bij de totstandkoming van besluiten ter bevordering van de deelname aan het maatschappelijk verkeer en van het zelfstandig functioneren van mensen met een beperking of een chronisch psychisch probleem. Desondanks is in art. 32 lid 2 van de Wmo-verordening Deventer, gelezen in samenhang met de toelichting daarop, bepaald dat B&W in ieder geval bij de beoordeling van een eerste aanvraag het Centrum Indicatiestelling Zorg (CIZ) als externe adviseur betreft. In de toelichting van de bepaling wordt gemeld dat, ook al stelt de Wmo het inwinnen ervan niet verplicht, het advies in het kader van de uitvoering van de Wmo ‘onontbeerlijk’ is.

Ook hier ontbreekt een inhoudelijk argument voor de inschakeling van de adviseur. Het is dan ook gissen naar de reden waarom wordt gekozen voor het inwinnen van extern advies. Het lijkt niet onwaarschijnlijk dat die praktisch van aard is.

### 1.2.5 Beschouwing

Waarom maken bestuursorganen bij de besluitvorming gebruik van externe adviseurs? Die vraag is gemakkelijk te beantwoorden als er een wettelijke verplichting is om van een adviseur gebruik te maken (*wettelijke plicht*). Bestuursorganen hebben dan geen keuze; de wet draagt het hen op. Is er geen sprake van een wettelijke plicht, dan kan de keuze voor een adviseur gebaseerd zijn op de noodzaak dit te doen (*noodzaak*). Beredeneerd vanuit het bestuursrechtelijke stelsel kan het om twee redenen noodzakelijk zijn een adviseur bij de besluitvorming te betrekken. Voor inschakeling van een adviseur op grond van het *deskundigheidsargument* is aanleiding als het bestuursorgaan niet zelf over de vereiste deskundigheid beschikt. Voor inschakeling van een adviseur op grond van *onafhankelijk-, onpartijdig- en onbevangenheidsargumenten* is aanleiding als het risico aanwezig is dat een functionaris die bij de totstandkoming van een besluit is betrokken niet de vereiste onafhankelijkheid, onpartijdigheid of onbevangenheid bezit, vanwege een persoonlijk belang bij een bepaalde uitkomst van het betreffende besluit.

Echter, in de praktijk blijft de inschakeling van adviseurs niet beperkt tot de hiervoor genoemde situaties. Regelmatig is een voorzichtiger benadering te zien. Die voorzichtigheid kan zich vertalen in geformaliseerde zelfbinding: het bestuursorgaan bepaalt in een verordening of beleidsregels dat het bij bepaalde besluiten steeds gebruik maakt van een adviseur (*zelfbinding*). Daarnaast komt het voor dat het bestuur, ook al is het daartoe niet op grond van enige wettelijke regeling of beleidsregel verplicht en lijkt er — beredeneerd vanuit het bestuursrechtelijke stelsel — voor het inschakelen van een adviseur ook overigens geen noodzaak te bestaan, er desondanks voor kiest externe adviseurs bij de besluitvorming te betrekken (*vrije wil*).

---

23. Wet voorzieningen gehandicapten.

### 1.3 Welke eisen stelt de rechter aan deskundigheid en onafhankelijkheid?

Op welke grond een adviseur ook betrokken is geraakt bij de totstandkoming van een besluit, zodra hij is ingeschakeld, kan de vraag worden gesteld naar zijn deskundigheid en onafhankelijkheid. Maakt het voor de beantwoording van die vraag nog uit op welke grond een adviseur is ingeschakeld? Onze stelling is dat er een verschil is tussen inschakeling op de eerste twee – in de vorige paragraaf – onderscheiden gronden (*wettelijke plicht*; *zelfbinding*) en inschakeling op de laatste twee gronden (*noodzaak*; *vrije wil*).

Wordt de adviseur ingeschakeld vanwege een *wettelijke plicht* of als gevolg van *zelfbinding*, dan zijn de in de (wettelijke) regeling geformuleerde criteria bepalend voor het antwoord op de vraag of is voldaan aan de eisen van deskundigheid en onafhankelijkheid. Aan de in de regeling geformuleerde eisen moet worden voldaan. Bovendien fungeren die eisen als leidraad voor de beoordeling van situaties waar de regeling zich niet expliciet over uitspreekt. Als voorbeeld kan dienen, een regeling die als ‘positieve eis’ stelt dat bij de feitenvaststelling ten behoeve van bepaalde besluiten een onafhankelijke deskundige wordt betrokken en als ‘negatieve eis’ dat een onder verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan werkzame ambtenaar daarbij niet mag worden betrokken. Kan in dat geval een werknemer van een organisatie die met grote regelmaat door het bestuursorgaan ter ondersteuning van allerlei verschillende besluitvormingsprocessen wordt ingeschakeld als ‘onafhankelijke deskundige’ gelden, zonder dat de betrokken werknemers formeel ondergeschikt zijn aan het opdracht verlenende bestuursorgaan? De betrokkene voldoet aan de negatieve eis (hij is immers niet hiërarchisch ondergeschikt aan het bestuursorgaan), maar het is de vraag of hij ook voldoet aan de positieve eis. Het is namelijk twijfelachtig of de organisatie waar hij voor werkt niet te zeer een verlengstuk van het bestuursorgaan vormt en om die reden niet als onafhankelijk ten opzichte van het bestuursorgaan kan worden gezien. In een geval als dit, waar het bestuur gehouden is een *ten opzichte van het bestuur* onafhankelijke deskundige in te schakelen, kan de strekking van de regeling ertoe leiden dat een persoon die niet onder verantwoordelijkheid van het bestuur werkt, desondanks niet kan worden geacht de vereiste onafhankelijkheid te bezitten.

Wordt een adviseur uit *noodzaak* of uit *vrije wil* ingeschakeld, dan zijn de eisen die moeten worden gesteld aan zijn deskundigheid en onafhankelijkheid identiek aan de eisen die moeten worden gesteld aan de deskundigheid en onafhankelijkheid van ondergeschikte ambtenaren. Van de adviseur mag worden verwacht dat hij de vereiste deskundigheid bezit om er aan bij te dragen dat het besluit waar hij bij betrokken is, in overeenstemming is met art. 3:2 Awb. Bovendien kan worden aangenomen dat hij even onafhankelijk is *ten opzichte van de zaak* als een willekeurige ondergeschikte ambtenaar van het bestuursorgaan.

#### 1.3.1 Jurisprudentie over deskundigheid

Over jurisprudentie betreffende de deskundigheid van adviseurs kunnen we kort zijn. Hoewel het met enige regelmaat voorkomt dat in een procedure bij de bestuursrechter wordt aangevoerd dat de externe adviseur (of de ondergeschikte ambtenaar) niet deskundig is, wordt dat argument zelden door de rechter gehono-

reerd. Daar zijn twee redenen voor. In de eerste plaats komt het bijna nooit voor dat, als een wettelijke regeling bepaalde eisen stelt aan de deskundigheid van degenen die bij de totstandkoming van het besluit zijn betrokken, daar niet aan wordt voldaan. Het welstandsaspect bij omgevingsvergunningen voor het bouwen wordt altijd door een welstandcommissie getoetst, verzoeken om planschadevergoedingen worden altijd voorgelegd aan een commissie die is samengesteld volgens de in het Bro gegeven regels. Op dat punt valt met het bezwaar dat het aan deskundigheid bij de voorbereiding van het besluit heeft ontbroken, weinig eer te behalen. De enige uitzondering betreft de jurisprudentie over de deskundigheid van degene die de gezondheidstoestand van de aanvrager van een arbeidsongeschiktheidsuitkering vaststelt. Het al eerder genoemde Schattingsbesluit bepaalt daarover dat diegene een (verzekerings)arts moet zijn.<sup>24</sup> Door een tekort aan verzekeringsartsen liet het UWV een tijdlang keuringen ook verrichten door artsen in opleiding. De Centrale Raad van Beroep vond dat echter niet acceptabel. Besluiten betreffende een arbeidsongeschiktheidsuitkering die waren gebaseerd op een medische beoordeling door een arts in opleiding, werden vernietigd.<sup>25</sup> Regelmatig wordt aangevoerd dat de adviseur weliswaar voldoet aan de formele eisen die aan zijn adviseurschap worden gesteld (hij is arts, architect of accountant), maar dat hij desondanks niet deskundig is. Wij zijn geen jurisprudentie tegengekomen waarin een dergelijke stelling wordt gehonoreerd. Steeds valt te lezen dat de stelling dat de door het bestuursorgaan ingeschakelde adviseur niet deskundig is, niet aannemelijk is gemaakt.<sup>26</sup>

### 1.3.2 Jurisprudentie over onafhankelijkheid, onpartijdigheid en onbevangenheid

In procedures tegen besluiten die tot stand zijn gekomen met hulp van een adviseur wordt met enige regelmaat naar voren gebracht dat de adviseur niet onafhankelijk, onpartijdig en/of onbevangen is, en dat het genomen besluit om die reden niet in stand kan blijven. Wat voor argumenten voeren appellanten aan ter onderbouwing van hun stelling, en hoe reageert de rechter daarop?

De argumenten van de appellanten kunnen in drie categorieën worden onderverdeeld. Een eerste categorie komt er op neer dat de adviseur niet onafhankelijk is omdat hij door het bestuur wordt betaald. Een tweede categorie argumenten houdt in dat de adviseur te zeer een verlengstuk van het bestuursorgaan is om onafhankelijk geacht te kunnen worden. De derde categorie houdt in dat de adviseur niet onafhankelijk is, niet vanwege een te sterke binding met het bestuur, maar vanwege een te sterke andere binding. We bespreken de drie categorieën.

*‘De adviseur wordt door het bestuur betaald!’*

Met regelmaat wordt door appellanten in procedures bij de bestuursrechter naar voren gebracht dat een besluit niet rechtmatig is, omdat de externe adviseur die er bij betrokken is geweest door het bestuursorgaan is betaald. Financiële afhankelijkheid zou in de weg staan aan het uitbrengen van een onafhankelijk advies. Dit

24. Zie art. 2 en 3 van het Schattingsbesluit.

25. CRvB 18 juli 2007, LJN BA9904, voorts: LJN BA9905, BA9908, BA9909, BA9910.

26. ABRvS 2 november 2005, LJN AU5412, ABRvS 10 februari 2010, LJN BL3341.

soort argumenten wordt nooit gehonoreerd door de rechter.<sup>27</sup> Verwonderlijk is dat niet. Als de overheid een adviseur inschakelt, is het onvermijdelijk dat die een financiële vergoeding ontvangt. Slechts als de financiële vergoeding disproportioneel is in verhouding tot het uitgebrachte advies, zou aanleiding kunnen bestaan voor twijfel aan de onafhankelijkheid van de adviseur. Uitspraken waaruit blijkt dat dit als argument tegen de onafhankelijkheid van de adviseur naar voren is gebracht, zijn wij niet tegengekomen.

*'De adviseur is een verlengstuk van het bestuursorgaan!'*

Wordt de onafhankelijkheid van de adviseur in twijfel getrokken, dan wordt vaak als argument genoemd dat de adviseur te zeer een verlengstuk is van het bestuursorgaan dat hij heeft geadviseerd, om als onafhankelijk te kunnen gelden.

Een regelmatig voorkomende grief in dit verband is dat colleges van B&W steeds van dezelfde deskundige gebruik maken voor advies over beslissingen op planschadevergoedingsverzoeken. Veel colleges van B&W maken gebruik van SAOZ, een in planschadebeoordelingen gespecialiseerd adviesbureau uit Rotterdam. De voortdurende inschakeling van SAOZ zou deze tot partijdeskundige maken,<sup>28</sup> afbreuk doen aan de onafhankelijke positie van SAOZ ten opzichte van de gemeentelijke overheid<sup>29</sup> en een zinvolle toetsing van uitgebrachte adviezen onmogelijk maken.<sup>30</sup>

Tegen de betrokkenheid van adviesbureau Oranjewoud bij een besluit van B&W Zundert werd aangevoerd dat Oranjewoud, behalve adviezen over planschadevergoedingen, ook veel andere werkzaamheden voor de gemeente Zundert verrichtte, waaronder het bieden van juridisch-administratieve ondersteuning aan de afdeling Ruimtelijke Ordening (de afdeling die belast was met de afhandeling van verzoeken om planschadevergoeding), en dat de gemeente Zundert en Oranjewoud daarnaast een meerjarige overeenkomst voor de periode 2001-2007 hadden afgesloten voor het uitvoeren van taxaties in het kader van de Wet onroerende zaken.<sup>31</sup>

Dergelijke bezwaren worden nooit gehonoreerd. Ter onderbouwing van de afwijzing ervan stelt de Afdeling bestuursrechtspraak veelal dat het feit dat een gemeentebestuur steeds van dezelfde adviseur gebruikmaakt, niet betekent dat deze niet onafhankelijk is.<sup>32</sup> Daarnaast houdt de rechterlijke reactie op het bezwaar van onvolgende onafhankelijkheid nogal eens in dat het bezwaar niet is onderbouwd met concrete omstandigheden op grond waarvan de onafhankelijkheid van de adviseur in dat geval in twijfel zou moeten worden getrokken.<sup>33</sup> In de zaak waarin naar voren werd gebracht dat adviseur Oranjewoud bij te veel aan planschadevergoedingen verwante activiteiten betrokken was geweest, oordeelde de Afdeling dat dit geen probleem was, nu de planschadejuristen en -taxateurs van Oranjewoud geen andere werkzaamheden verrichtten voor de gemeente Zundert en dus niet betrokken waren bij taxaties in het kader van de Wet onroerende zaken.

27. ABRvS 26 oktober 2005, nr. 200410039, ABRvS 19 december 2007, BR 2008, p. 210.

28. ABRvS 7 september 2005, LJN AU2143.

29. ABRvS 29 augustus 2009, LJN BJ6072.

30. ABRvS 30 mei 2007, AB 2008, 43. Zie voor andere voorbeelden: ABRvS 28 april 2004, LJN AO8488; ABRvS 13 januari 2010, LJN BK8953.

31. ABRvS 5 december 2007, LJN BB9482.

32. ABRvS 12 januari 1999, BR 1999, 685; ABRvS 29 augustus 2009, LJN BJ6072; ABRvS 13 januari 2010, LJN BK8953.

33. ABRvS 30 mei 2007, AB 2008, 43.

Een vergelijkbare redenering is te vinden in een uitspraak waarin de Afdeling de vraag moest beantwoorden of de huisadvocaat van de gemeente tevens voorzitter kan zijn van de schadebeoordelingscommissie. De Afdeling vond dit geen probleem, omdat de werkzaamheden die de advocaat voor de gemeente verrichtte geen relatie hadden met het betreffende planschadeverzoek.<sup>34</sup>

Een ander voorbeeld van in twijfel getrokken onafhankelijkheid biedt een geschil waarin een extern stedenbouwkundig bureau adviseerde over welstand in de gemeente Heteren en eerder betrokken was geweest bij het opstellen van een bestemmingsplan in diezelfde gemeente. De stelling van appellant dat het stedenbouwkundig bureau niet meer onafhankelijk kon adviseren over de welstandsaspecten van een bouwplan voor een binnen dat bestemmingsplan gelegen perceel, schuift de Afdeling terzijde. De betrokkenheid van het bureau bij het opstellen van het bestemmingsplan leidt er niet toe dat niet meer kan worden gesproken van een onafhankelijk adviesbureau.<sup>35</sup>

Een enkele keer komt het overigens ook voor dat een appellant zich op het standpunt stelt dat een ondergeschikte ambtenaar die betrokken is bij de totstandkoming van een besluit, niet onafhankelijk is. Die klacht werd geuit over een verzekeringsarts. De Centrale Raad van Beroep oordeelde dat een hiërarchisch verband tussen adviseur en geadviseerde op zichzelf onvoldoende reden is voor het oordeel dat geen sprake is van onafhankelijk en onpartijdig onderzoek.<sup>36</sup>

*'De adviseur is te zeer afhankelijk van een derde-partij!'*

Behalve dat wordt aangevoerd dat de externe adviseur te zeer afhankelijk is van het bestuursorgaan waaraan hij adviseert om als onafhankelijk te kunnen gelden, is ook denkbaar dat een adviseur niet als onafhankelijk kan worden beschouwd omdat hij te zeer afhankelijk is van een andere persoon of instantie.

De voorbeelden hiervan in de jurisprudentie gaan bijna allemaal over welstandstoetsing. Een commissie van deskundigen (waaronder veelal een of meer architecten) adviseert het gemeentebestuur over de vraag of bouwplannen voldoen aan redelijke eisen van welstand. Af en toe moet de commissie een bouwplan beoordelen van een van haar leden. Het staat buiten kijf dat de betreffende architect in dat geval niet bij de advisering mag zijn betrokken. De vraag is echter of de overige commissieleden geacht kunnen worden een onafhankelijk, onpartijdig en onbevooroordeeld advies uit te brengen over een bouwplan van een van hun commissieleden. De Afdeling bestuursrechtspraak ziet hier geen probleem. Als de betrokken architect maar niet bij de beraadslaging aanwezig is, is er geen reden voor twijfel aan de onafhankelijkheid, onpartijdigheid en onbevangenheid van de commissie en het advies.<sup>37</sup>

Reden om aan de onafhankelijkheid van een adviseur te twijfelen is er blijkens de jurisprudentie evenmin als deze bepaalde nevenfuncties vervult. In een zaak over een besluit dat mede was gebaseerd op een advies van de Gezondheidsraad, oordeelt de Afdeling dat het feit dat enkele leden van de Gezondheidsraad nevenfuncties

34. ABRvS 23 oktober 2002, BR 2003, p. 507. Zie hierover ook de noot van T.E.P.A. Lam onder ABRvS 5 december 2007, AB 2008, 197 en B.P.M. van Ravens, 'Twijfel zaaien en nadeelcompensatie oogsten. Over bewijswaardering en nadeelcompensatie', AA 2010, p. 543-551.

35. ABRvS 25 januari 1996, JB 1996, 58, m.nt. Schlössels.

36. CRvB 5 oktober 2001, USZ 2001, 288.

37. ABRvS 10 augustus 2000, AB 2000, 424, m.nt. Nijmeijer; ABRvS 16 april 2003, Gst. 2003, 7196.

bekleden, onvoldoende grond geeft voor de conclusie dat het advies van de Gezondheidsraad niet onafhankelijk zou zijn.<sup>38</sup>

Een ander voorbeeld waarin werd aangevoerd dat de adviseur niet onafhankelijk was, vanwege diens afhankelijkheid van een ander dan het bestuursorgaan waaraan werd geadviseerd, biedt een planschadezaak waarin de gemeenteraad van Westland een verzoek om vergoeding van planschade ter advisering aan SAOZ had voorgelegd.<sup>39</sup> De gestelde schade zou zijn ontstaan door een vrijstellingsbesluit van het college van B&W en door het bestemmingsplan 'Essellanden'. SAOZ vond dat sprake was van een planologische verslechtering. De gemeenteraad volgt niet het advies, maar schakelt een andere adviseur in. De uitspraak van de Afdeling meldt daarover het volgende:

'De raad heeft de adviezen van de SAOZ in handen gesteld van Bouwfonds Ontwikkeling B.V. (hierna: Bouwfonds) en het bedrijf Weboma, waarmee de gemeente Westland een samenwerkingsovereenkomst heeft gesloten wat betreft de grondexploitatie van het plan Essellanden. Op grond van deze overeenkomst komt planschade als gevolg van het bestemmingsplan "Essellanden" ten laste van de grondexploitatie en dragen de gemeente enerzijds en Bouwfonds en Weboma anderzijds ieder voor de helft bij aan toe te kennen planschade. Op verzoek van Bouwfonds is door Overwater-Grondbeleid Adviesbureau B.V. (hierna: Overwater) een 'second opinion' uitgebracht. [...] Overwater is tot de conclusie gekomen dat er voor appellanten geen planologisch nadeliger situatie is ontstaan als gevolg van de vrijstellingsbesluiten en het bestemmingsplan "Essellanden" en heeft de raad geadviseerd de verzoeken af te wijzen.'

In de procedure bij de Afdeling wordt aangevoerd dat Overwater niet is aan te merken als onafhankelijke deskundige, omdat Overwater heeft geadviseerd in opdracht van en is betaald door Bouwfonds en Bouwfonds een financieel belang heeft bij de uitkomst van het advies. De Afdeling honoreert het argument van appellanten niet. Zij laat het bij de volgende overweging:

'De rechtbank heeft terecht overwogen dat de enkele omstandigheid dat Overwater op verzoek van Bouwfonds advies heeft opgesteld niet zonder meer betekent dat haar advisering niet als onafhankelijk en onpartijdig kan worden aangemerkt en dat concrete omstandigheden op grond waarvan het advies als partijdig zou moeten worden geoordeeld, niet zijn gesteld.'

Kan Overwater als onafhankelijke adviseur worden aangemerkt? Buiten kijf staat dat de instantie waaraan Overwater adviseert, Bouwfonds, een financieel belang heeft bij de uitkomst van het advies. De Afdeling vindt dat onvoldoende reden om Overwater niet als onafhankelijke adviseur aan te merken. Wat daar ook van zij, zeker is dat er een verschil is tussen de situatie waarin Overwater had geadviseerd aan het gemeentebestuur en de situatie waarin Overwater adviseert aan Bouwfonds.

38. ABRvS 4 juli 2007, LJN BA8748.

39. ABRvS 11 oktober 2006, BR 2007, p. 41.

Bouwfonds dient een privaat belang, het gemeentebestuur het algemeen belang. Bouwfonds zal blij zijn met een advies waarin met overtuiging wordt beargumenteerd dat er geen reden is voor planschadevergoeding, de gemeenteraad is het om het even: die wil alleen maar weten of de aanvrager er recht op heeft.

### 1.3.3 Beschouwing

Bij het in ogenschouw nemen van de jurisprudentie waarin de bestuursrechter een oordeel wordt gevraagd over de onafhankelijkheid van een bij de totstandkoming van een besluit betrokken externe adviseur, valt een aantal zaken op. Allereerst is opvallend dat geen uitspraken kunnen worden gevonden waarin de bestuursrechter oordeelt dat de grief dat de adviseur onvoldoende onafhankelijk is, moet worden gehonoreerd. Opvallend is voorts dat het voor de argumenten die de rechter gebruikt ter onderbouwing van zijn oordeel dat er geen reden is voor twijfel aan de onafhankelijkheid van de adviseur, niet uitmaakt wat de reden is dat de adviseur bij de besluitvorming is betrokken. Of de betrokkenheid van de adviseur al dan niet voortvloeit uit een aan het bestuur opgelegde (wettelijke) verplichting, is niet van belang.

In de meeste gevallen is het oordeel van de bestuursrechter te billijken, en overtuigt de onderbouwing ervan. Toch is er zo nu en dan reden voor twijfel. Die betreft allereerst de onderbouwing van het oordeel als het bestuur onverplicht gebruik maakt van een externe deskundige. Voor zover tegen een mede op diens advies gebaseerd besluit wordt aangevoerd dat de deskundige niet onafhankelijk was, ligt het meer voor de hand dat de rechter duidelijk maakt dat 'onafhankelijkheid van de adviseur ten opzichte van het bestuursorgaan' geen voorwaarde is voor zorgvuldige besluitvorming en dat er slechts reden is om te betwijfelen of een extern advies aan een besluit ten grondslag kan worden gelegd, als onzeker is of de adviseur zich bij het opmaken van het advies voldoende rekenschap heeft gegeven van het door het bestuur te behartigen algemeen belang.

Opvallend is daarnaast de rechterlijke reactie op het argument dat de adviseur te zeer een verlengstuk is van het bestuursorgaan waarvoor het adviseert. Geredeneerd vanuit de taakopvatting van de overheid is het geen enkel probleem als de adviseur een verlengstuk is van de behartiger van het algemeen belang. Alleen als het bestuur gebonden is aan een eis van onafhankelijke advisering, kan het wel een probleem opleveren. De consequentie daarvan is dat een identieke reactie van de rechter in het ene geval wellicht te laconiek is, in het andere geval te defensief. Als de wet (of een beleidsregels waaraan het bestuur is gebonden) eist dat over een verzoek om planschadevergoeding een onafhankelijk advies wordt uitgebracht, kan het een probleem zijn als de adviseur werkzaam is bij een organisatie die op allerlei manieren is verbonden met het bestuursorgaan dat het advies heeft gevraagd. De vraag is dan aan de orde of de afstand tussen adviseur en bestuursorgaan wel voldoende is.<sup>40</sup> Als het bestuur onverplicht een adviseur inschakelt, zou het argument dat de adviseur niet onafhankelijk is ten opzichte van het bestuursorgaan, als irrelevant terzijde kunnen worden geschoven. Immers, hoe afhankelijker van het bestuursorgaan, des te groter de kans dat de adviseur zich bij het uitbrengen van het

40. Zie ABRvS 23 oktober 2002, BR 2003, p. 507.



advies voldoende zal hebben geïdentificeerd met het door het bestuur te behartigen algemeen belang. Of is dat toch net iets te eenvoudig geredeneerd?

Opvallend, maar per saldo goed te verklaren, is ten slotte dat als er twijfel is over de onafhankelijkheid van de adviseur, die twijfel bijna steeds de mogelijke afhankelijkheid van een derde betreft. Wordt het overheidsbestuur zelf gezien als onafhankelijk (en er zit weinig anders op dan om dat te doen), dan kan bij elke externe adviseur de vraag worden gesteld of hij in staat is om als niet-ondergeschikte van het bestuur het algemeen belang te dienen. In de *Overwater*-zaak was die vraag nadrukkelijk aan de orde en werd die door de Afdeling wel erg gemakkelijk bevestigend beantwoord. De zaken waarin de onpartijdigheid wordt betwist van een architect die deel uitmaakt van een welstandscommissie, laten zien dat het probleem waarmee een bestuursorgaan op grond van art. 2:4 Awb geconfronteerd kan worden, niet wordt opgelost door gebruik te maken van een externe adviseur.

#### 1.4 Afronding

We komen tot een afronding. In deze bijdrage was de vraag aan de orde wanneer het bestuur in zijn besluitvorming gebruik moet maken van externe adviseurs en hoe de rechter, als het bestuur een besluit heeft genomen met hulp van een adviseur, de vraag naar hun deskundigheid en onafhankelijkheid dient te beoordelen. Voor bestuursorganen kunnen er praktische en principiële redenen zijn om bij de besluitvorming gebruik te maken van adviseurs. Over de praktische reden kunnen we kort zijn. Als voor de voorbereiding van een besluit kennis benodigd is waar het bestuur niet zelf over beschikt, moet het de hulp van deskundige buitenstaanders inroepen. Over de principiële redenen het volgende. Steeds als een wettelijke regeling eist dat een deskundige buitenstaander wordt betrokken bij de voorbereiding van een besluit, moet ervan worden uitgegaan dat de wetgever het om principiële redenen noodzakelijk acht dat het bestuur zich van externe kennis voorziet, ook als het bestuur daar intern over zou (kunnen) beschikken. Het valt op dat de ratio van die eis veelal niet of niet overtuigend wordt geëxpliciteerd. Betekent dit dat er nimmer reden is om op principiële gronden te pleiten voor inbreng van externe deskundigheid?

Het enige steekhoudende principiële argument ten faveure van het gebruikmaken van externe deskundigheid lijkt ons de spanning tussen twee aspecten van besluitvorming: feiten onderzoeken en belangen afwegen. De behartiging van het algemeen belang door het bestuur vergt enerzijds dat een zo zorgvuldig mogelijk (derhalve: met zo veel mogelijk kennis van zaken) feitenonderzoek wordt verricht. Anderzijds is inherent aan besluitvorming dat bij de belangenafweging een rol toekomt aan door de politiek bepaalde prioriteiten. Die prioriteiten kunnen er voor zorgen dat bij bepaalde besluiten een bepaalde uitkomst van het feitenonderzoek de meest gewenste is. Dat kan er onder omstandigheden toe leiden dat, om de burger te beschermen tegen afhankelijke en partijdige besluitvorming en om het bestuur tegen zichzelf in bescherming te nemen, een externe deskundige belast wordt met het onderzoek naar de feiten. Naarmate het, ter realisering van politieke prioriteiten, van groter belang is dat het feitenonderzoek een bepaalde uitkomst heeft, is er meer reden te pleiten voor – in ieder geval – een strikte scheiding tussen dat onderzoek naar de feiten en de afweging van belangen en voor het belasten van externen met het feitenonderzoek. De besluiten overziend waarbij wel en geen

sprake is van verplichte betrokkenheid van externe deskundigen bij de feitenvaststelling, moeten we constateren dat een dergelijk criterium daarbij niet leidend is. Traditie en toeval lijken vooralsnog de beste verklarende factoren.

Dan nog de beoordeling door de rechter van de deskundigheid en onafhankelijkheid van de externe adviseur. Over de deskundigheid kunnen we kort zijn. Voor zover er formele eisen aan de deskundige worden gesteld, toetst de rechter die indringend. Voor het overige vindt de toetsing indirect plaats, door te kijken of de rapportage van de deskundige voldoende kwaliteit heeft om het bestreden besluit te dragen. Bij de rechterlijke toetsing van de onafhankelijkheid valt op dat de rechter vrijwel nooit tot de conclusie komt dat er op dat punt iets aan de besluitvorming mankeert. De verklaring voor die schijnbare soepelheid is deels gelegen in het feit dat wat appellanten in veel gevallen als een indicatie voor partijdigheid zien (een nauwe band met het bestuur), er in werkelijkheid op duidt dat de adviseur goed in staat zal zijn te adviseren in de geest van het door het bestuur te behartigen algemeen belang. Gerechtvaardigde twijfel over de soepelheid van het bestuur is er wat ons betreft wel bij afhankelijkheid van de adviseur van een derde partij. Is daar sprake van, dan is het gevaar groter dat de adviseur niet in staat zal blijken te zijn het algemene belang als uitgangspunt voor zijn advisering te nemen.